

UNA CELEBRE COSTITUZIONE DELL' IMPERATORE COSTANTINO

L. 2 C. quae sit longa consuetudo VIII. 52 (53).

SAGGIO ESEGETICO

LETTO ALLA R. ACCADEMIA DI SCIENZE, LETTERE ED ARTI IN PADOVA

nella tornata del 19 Aprile 1885

DAL SOCIO EFFETTIVO

AVV. LANDO LANDUCCI

professore ordinario di diritto romano nella R. Università di Padova



PADOVA

TIPOGRAFIA GIO. BATT. RANDI

1885



PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA

Legato **Anselmi**

OA. - b

476

*All' illustre comm. prof. Giorgio Anselmi
L'antony.*

UNA CELEBRE COSTITUZIONE DELL'IMPERATORE COSTANTINO

L. 2 C. quae sit longa consuetudo VIII, 52 (53).

SAGGIO ESEGETICO

LETTO ALLA R. ACCADEMIA DI SCIENZE, LETTERE ED ARTI IN PADOVA

nella tornata del 19 Aprile 1885

DAL SOCIO EFFETTIVO

AVV. LANDO LANDUCCI

professore ordinario di diritto romano nella R. Università di Padova



PADOVA

TIPOGRAFIA GIO. BATT. RANDI

1885



BIBLIOTECA

1911

1911

1911

1911

1911

1911

Il primo volume della
serie è dedicato alla
storia della città di
Torino, che ha visto
la nascita della
città e la sua
evoluzione fino
all'epoca moderna.
Il secondo volume
tratta della storia
della città di
Torino, che ha visto
la nascita della
città e la sua
evoluzione fino
all'epoca moderna.
Il terzo volume
tratta della storia
della città di
Torino, che ha visto
la nascita della
città e la sua
evoluzione fino
all'epoca moderna.
Il quarto volume
tratta della storia
della città di
Torino, che ha visto
la nascita della
città e la sua
evoluzione fino
all'epoca moderna.
Il quinto volume
tratta della storia
della città di
Torino, che ha visto
la nascita della
città e la sua
evoluzione fino
all'epoca moderna.

SOMMARIO — I. La consuetudine come modo di abrogare la legge — II. Certezza nel diritto romano — III. Costituzione di Costantino — IV. Necessità di respingerla o di concordarla colla teoria di Giuliano — V. Storia dei tentativi — VI. Seguito — VII. Gli ultimi in Italia — VIII. Mia nuova proposta — IX. Suo svolgimento — X. Conclusione.

1.

Il diritto, come ognun sa, non è tutto riprodotto dalla legge scritta: essa dà forma, per dir così, più certa ad alcune parti del giure; dal lato della bontà tanto è migliore quanto meglio lo interpreta, poichè esso non sia se non la coscienza o, come altri disse con più largo concetto, la vita stessa del popolo; dal lato dell'ampiezza è più vasta a misura che la civiltà progredisce, trova più facili e completi modi di pubblicazione, e, moltiplicandosi i civili rapporti, sente più vivo il bisogno di limitare le incertezze e quindi diminuire le contese. Ond'è che da questo punto di vista riesce molto dubbia la classica sentenza *plurimae leges pessima respublica*, mentre per altro riguardo, che non è opportuno svolger qui, dinanzi a sì colto uditorio, è profondamente acuta e verace.

Quella parte del diritto che sovrabbonda alla legge, o meglio quegli istituti di cui essa non si occupa, onde sono regolati dalle tradizioni, dagli inveterati costumi, dall'uso uniforme, costituisce la consuetudine. Nè alcuno, che io ricordi, potè mai, mentre, come suona l'altra ben nota sentenza, nulla v'è sì strano che qualche filosofo, o, per dirlo alla moderna, qualche scrittore non abbia sostenuto, asserirne l'inesistenza o negarne l'efficacia. Le dispute, le quali non mancarono e furono ardentissime, si aggararono piuttosto intorno alla sua ampiezza nella vicenda dei tempi e agli elementi, che debbono in lei riscontrarsi, onde in pratica le si possa riconoscere forza di viva fonte del diritto.

Ma questo non è il tema del mio discorso e sorvolo: basta essermi aperto l'adito a formularlo. Si dubitò se la sua efficacia potesse esser tale da prevalere a una legge precedente, se cioè la consuetudine dovesse considerarsi fonte di diritto non tanto in mancanza del *jus scriptum* quanto contr'esso. Quindi non solo sarebbe da parificarsi, nella sua mancanza, alla legge, ma dovrebbe enumerarsi fra i modi di abrogarla.

Discussa la disputa nel campo astratto, col concetto storico che si ha oggi dai più del diritto, la risposta mi pare non possa essere se non affermativa. Infatti una legge che sia o fin dall'origine o per mutate circostanze in contrasto colla coscienza popolare, che non riproduca ma falsi il diritto quale veramente è, non può reggersi a lungo: e i ricordi di molti istituti son là a provarci l'ineluttabile necessità che o insensibilmente le distrusse o provocò ben più temibili reazioni. E quando il disuso della legge sia avvenuto con le condizioni stesse onde trae forza di legge la consuetudine, sia ripetuto molte volte e da lungo tempo, sia pur esso lecito e ragionevole, abbia costante uniformità e da ognuno sia riconosciuto come norma giuridica, il legislatore non lo ignori e non siasi opposto giammai, i giudici lo abbiano rafforzato delle loro sentenze, come potrebbe a un tratto farsi risorgere la contraria antica regola, sebbene scolpita nella parola d'una legge? come si potrebbe condannare il cittadino che avea preso a norma delle sue azioni quello che ognuno credeva diritto vigente, compresi il legislatore e il potere giudiziario?

In questo, come in ogni altro quesito di diritto privato, niuna maggiore autorità delle idee dei romani, che appunto fu-

rono indagate e, in complesso, condussero a una decisione affermativa. Però serio argomento di dubbio nacque da un celebre frammento che è mio proposito esaminare quest'oggi.

II.

Ma prima, come del resto altri moltissimi han fatto, è necessario enumerare con rapidità i passi onde si trae certezza del valore abrogativo della consuetudine presso i romani. Il più esplicito è il famoso di Giuliano l. 32 § 1 D. de legibus I, 3: « Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? *Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur* ». È un passo tanto esplicito da esser follia metterne in dubbio il significato: ed è anche elegante il sillogismo su cui è basata la teoria. Il popolo o esprima coi voti la sua volontà o col fatto stesso è giusto abbia sempre identica autorità: e, generalizzando, quando la consuetudine ha l'approvazione del legislatore non si sa vedere in che nella essenza differisca dalla sua volontà espressa in qualsiasi altro modo.

E se anche mancasse il decisivo frammento di Giuliano, molti altri ne offrirebbero le fonti per condurre allo stesso risultato. Odasi Giustiniano nel § 11 I. de iure nat. gent. et civili I, 2: « ... iura ... verò ... quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent *vel tacito consensu populi* vel alia postea lege lata », e nel § 10 della nota costituzione *Deo auctore* (1) ove ordina ai compilatori delle Pandette di non far cenno delle antiche leggi abrogate dalla consuetudine: « Sed et si quae leges in veteribus libris positae iam *in desuetudinem abierunt*, nullo modo vobis easdem ponere permittimus, cum haec tantummodo optinere volumus, quae vel iudiciorum frequentissimus ordo exercuit, vel longa consuetudo huius almae urbis comprobavit ... »,

(1) *De conceptione digestorum.*

comando ripetuto nel § 2 della costituzione *Haec quae necessario* (2).

E se volessi enumerare gli esempi particolari di leggi per indiscutibile testimonianza delle fonti abolite dalla consuetudine, ne troverei tal numero da riuscire di soverchio prolisso, dovrei toccare di tutto il campo del diritto romano e farne quasi la storia. A guisa d'esempio valgono i casi più noti, a cominciare da quelli ricordati dal Savigny (3), qui, come in tutto, solenne maestro: della *manus* acquistata dal marito sulla moglie mediante l'*usus*, cioè la continua convivenza per un anno col-*l'affectio maritalis*, e del diritto della moglie di evitarla, allontanandosi per tre notti dalla casa coniugale, dice Gaio (4), « *hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est* »; il secondo capitolo della legge Aquilia, per cui l'adstipulatore che aveva accettato il debito doveva rimborsarne l'ammontare al creditore, Ulpiano non svolge neppure perchè, per usarne le precise parole, « *huius legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit* » (5), e le azioni interrogatorie altre volte molto usate, in ispecie per evitare i gravi danni della *plus petitio*, dice Callistrato, parlando de' suoi tempi, « *hodie minus frequentantur et in desuetudinem abierunt* » (6); le Istituzioni giustinianee ricordano come tutto il sistema penale pel delitto d'ingiuria delle dodici tavole, severo da un lato, mitissimo dall'altro, cadde per consuetudine, e per consuetudine, almeno in quanto non se ne occupò la legge Cornelia, sorse il nuovo, ordinato e formulato dal pretore (7); nella legge unica C. de caducis tollendis VI, 51 l'imperatore ricorda che la massima parte della celebre legge Giulia e Papia Poppea cadde per consuetudine (8); infine nella

(2) *De novo codice componendo*: § 2 Quibus (ai compilatori) specialiter permisimus, resecatis tam supervacuis... quam similibus et contrariis... *illis etiam*, quae in desuetudinem abierunt...

(3) *System des heut. röm. Rechts* I § 25 n. t e seg. (Trad. franc. del GUYENOUX I p. 148, italiana dello SCIALOJA p. 168).

(4) Ist. I § 111.

(5) L. 27 § 4 D. ad leg. Aq. IX, 2.

(6) L. 1 § 1 D. de interr. act. XI, 1.

(7) § 7 I. de iniuriis IV, 4.

(8) § 1 « Et quemadmodum in multis capitulis lex Papia ab anterioribus principibus emendata fuit et per desuetudinem abolita, ita et a nobis... »

Nov. LXXXIX c. 15 Giustiniano dichiara di non riprodurre la costituzione di Costantino a Gregorio sui figli naturali (9), perchè, ed è da notare l'intervallo di tempo relativamente breve che intercede fra i due imperatori (10), omai distrutta dalla consuetudine. E se di altre prove fosse necessità, basterebbe ricordare la teoria delle *fiduciae*, distrutta in gran parte dalla consuetudine, il rigoroso istituto della *hereditas* modificato e in parte sovvertito dalle consuetudini che costituirono la *bonorum prolessio*, le antiche forme dei testamenti *calatis comitiis* e *in procinctu* sostituite da altre, l'*adrogatio* sparita e fusa coll'adozione, il *dominium ex iure Quiritium* lentamente debellato e infine fuso col bonitario e mille altri casi. Insomma tutta la vasta e mirabile tela pretoria sta a mostrarci quale e come larga efficacia abrogatrice ebbe la consuetudine rispetto alle leggi anche fondamentali di Roma.

III.

Nonostante non è mancato chi abbia posto in dubbio cotesta teoria. Degli argomenti adoperati uno solo merita serio esame: gli altri non è neppur mestieri riferire, tanto son deboli. Ma quell'uno è fortissimo e provocò in ogni tempo molti e spesso acuti tentativi d'interpretazione e di conciliazione.

Si tratta, appunto per questa lunga serie di studi, di una delle più famose leggi contenute nel codice giustiniano.

(9) Ὡς εἰ καὶ Κωνσταντῖνος τῷ τῆς εὐσεβοῦς λήξεως ἐν τῇ πρὸς Γρηγόριον γραφῇ διατάξει τινὰ περὶ τοιούτων εἰρηται παίδων, ταῦτα οὐ προσιµεδα, ἐπειδὴ καὶ διὰ τῆς ἀχρηστίας ἀνήρηται.

(10) Circa due secoli non sono molti; se si considera che per non poco tempo sarà certo rimasta in vigore, non è lungo il periodo in cui operò la consuetudine. Inoltre il tempo è breve per un'altra ragione. È di Costantino, come stiamo per dire, il passo che sembra contrario alla forza abrogativa della costituzione. Per un cambiamento radicale d'idee teoriche due secoli non sarebbero troppi. In ogni modo mi pare non abbia alcuna importanza, contro quanto sembrò allo SCIALOIA (Arch. giur. XXIV p. 420 e seg.), che si tratti, considerandola in se, d'una legge di Costantino; essendo certa l'opinione di Giustiniano intorno al nostro quesito, anch'egli, posta l'ipotesi dell'opinione contraria di Costantino, doveva considerarla una stranezza e seguire la regola generale. Diverso sarebbe, cioè l'osservazione dello SCIALOIA mi parrebbe giusta, se una costituzione dello stesso Costantino suonasse eguale, ma non m'è occorso trovarla.

L. 2 C. quae sit longa consuet. VIII 52 [53].

Imperator Constantinus A. ad Proculum.

Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.

D. VIII k. Mai. Costantino A. V et Licinio C. cons. (a 319).

Questa costituzione manca nel Codice Teodosiano, ma si trova identica nei Basilici l. 51 de iustitia et iure II, 1 ove, tradotta dall'Heimbach, dice: « Consuetudinis ususque auctoritas non in tantum valet, ut et rationem et legem vincat (11) ». Non insisto sulle collezioni giuridiche non romane, come il *corpus juris canonici* (12) e i libri de' feudi, ove pure si trova, più o meno alterata (13).

A prima vista sembra senza dubbio d'essere a fronte d'un'antinomia insuperabile. « L'autorità, dice Costantino, della consuetudine e dell'uso inveterato non è piccola, ma non tanto forte da prevalere alla ragione o alla legge... » Dunque secondo il primo imperatore ufficialmente cristiano la consuetudine ha efficacia finché

(11) Eccone il testo: Τῆς συνήθειας καὶ τῆς χρήσεως ἡ αὐθεντία οὐκ ἐπὶ τοσοῦτον ἰσχύει, ὥς καὶ τὸν λογισμὸν καὶ τὸν νόμον ὑπερνικᾷν.

(12) Nel Decreto la costituzione di Costantino è inserita testualmente C. 4 D. 11 (Corp. iur. can. ed. Richter 1819 — I p. 19) — Invece nelle decretali di Gregorio IX (C. 11 X de consuet. I 4 — Ivi II p. 40-41) si trova parafrasata in un modo degno di nota: « Quum tanto sint graviora peccata, quanto diutius infelicem animam detinent alligatam, nemo sanae mentis intelligit, naturali iuri, cuius transgressio periculum salutis inducit, quacumque consuetudine, quae dicenda est verius in hac parte corruptela, posse aliquatenus derogari. *Licet etiam longaevae consuetudinis non sit vilis auctoritas, non tamen est usque adeo valitura, ut vel iuri positivo debeat praeiudicium generare, nisi fuerit rationalis et legitime sit praescripta* ».

(13) Nei libri de' Feudi II, 1 de feudi cognitione l'alterazione è spinta tant'oltre, che il passo dice il contrario. È curioso, e prova anche che la massima di Costantino ripugnava e rozzamente s'interpretava dal lato grammaticale ma si conduceva alle idee che furon sempre ritenute romane e rispondenti alla necessità delle cose. « Legum autem romanarum non est vilis auctoritas, sed non adeo vim suam extendunt, ut usum vincant aut mores; strenuus autem legisperitus, sicubi casus emergerit, qui consuetudine feudi non sit comprehensus, absque calumnia uti poterit lege scripta. » È ben strano, ripeto, che sia applicata alle leggi romane, capovolgendola, l'idea di Costantino! fatale influenza dei ricordi delle fonti romane in tutti gli scritti, quelli stessi che lor sembrano più alieni, del medio evo!

si limita a stabilire rapporti giuridici non contrari alla ragione o alla legge; ma, quando uno di questi due limiti sia oltrepassato, ne cessa la forza, non può più applicarsi. In altre parole la consuetudine, in mancanza della legge, può averne la forza; ma, data la sua esistenza, non può abrogarla, onde una delle più recise antinomie non solo rispetto al passo di Giuliano, ma a tutto lo spirito e alle più chiare prove anteriori e posteriori delle fonti romane.

Un esame più accurato però fa subito avvertiti non essere così agevole e indubbia la spiegazione. Le due parole *ratio* e *lex*, contrapposte l'una all'altra, quindi con significato ben diverso, presentano serie difficoltà, ammettono molteplici intelligenze e si prestano a molti e svariati tentativi di conciliazione.

IV.

Certo è che le più sicure regole interpretative non permettono d'uscire da questo dilemma: o la costituzione di Costantino rappresenta un'idea isolata, curiosa, antiromana e bisogna respingerla, o il suo significato non è quale sembra e occorre rintracciare il vero, che, tenendo conto di tutte le circostanze di luogo, di tempo e di lingua, non sia in contrasto colle altre citate testimonianze.

La prima via, che è la più facile, mi accorderete, o signori, di non poter seguire se non in mancanza assoluta d'una spiegazione sufficiente nell'ordine della seconda. Non mancarono scrittori che, disperando d'una conciliazione soddisfacente, dopo respinte le tante proposte, dichiararono d'esser costretti ad ammettere in Costantino l'isolata idea della mancanza nella consuetudine della forza d'abrogare la legge, e di doverla quindi respingere in confronto delle prove contrarie.

Ma ciò è molto grave, e, prima di ricorrervi, bisogna avere esaurito tutti i modi possibili d'interpretazione. Occorre dimostrarne la gravità? Costantino scriveva in un tempo in cui erano vivi i classici ricordi per la diretta applicazione, non fosse altro, che ancora si faceva delle opere dei grandi giureconsulti. Moltissime sono le costituzioni conservateci emanate da lui e ne risulta piuttosto grande e completa la sua conoscenza del diritto romano e de' suoi principî direttivi. D'altro lato i compilatori giustiniane,

che avevano a tante riprese affermata l'efficacia abrogatrice della consuetudine, come potevano non essere stati colpiti da una sentenza sì recisamente contraria? E sì, che, dopo il passo di Giuliano, questo era il solo in cui si volesse esclusivamente definire la forza della consuetudine. Anzi, siccome, tanti erano i luoghi d'onde risultava, affermare di nuovo l'importanza della consuetudine sarebbe stato superfluo, è verisimile non avrebbero inclusa per ciò solo nel Codice una costituzione: tutto induce a credere che appunto ce la ponessero per determinarne i limiti. Certi confini gli ha anche la legge dal lato formale e più dal materiale: a più forte ragione deve averli la consuetudine. Ma che i compilatori ponessero fra questi la legge, trattandosi di consuetudine inveterata, cioè dicessero che nonostante la ripetizione continua di atti da tempo lunghissimo, la semplice esistenza d'una legge antica, non più applicata, forse dimenticata, dovesse toglierle efficacia, è cosa tanto contraria agli altri numerosi passi posti nelle collezioni giustinanee, alle stesse parole di Giustiniano, che è improbabile o meglio incredibile. Essi trassero questa parte generica dal rescritto di Costantino a Proculo: e poichè il senso era chiaro pel complesso del rescritto stesso, non pensarono alla difficoltà che poteva sorgerne per altri, cui quelle date circostanze fossero ignote. Ne viene che la base della ricerca deve, secondo me, essere l'indagine intorno all'occasione di cotesto rescritto.

Se per rinunciare a qualunque speranza di conciliazione bisogna per logica necessità dimostrare inaccettabili tutti i tentativi possibili, ne viene, qualunque sia l'accoglienza vostra e in genere dei romanisti e degli storici, che la nuova proposta, cui è intento mio di svolgere quest'oggi, se, come risulterebbe dalle mie ricerche, altri non l'abbia già sostenuta, non è priva di valore (14).

V.

Ma prima è necessario ricordare almeno le più note proposte per trarre la costituzione di Costantino al senso della forza abrogativa della consuetudine. Non pochi altri lo hanno tentato, ma è

(14) Cioè, per passar oltre, bisogna dimostrare inaccettabile anche questa.

mestieri dire perchè nessuno di essi mi sembri attendibile: quantunque forse basterebbe a dimostrarlo il fatto che nessuno ha assunto l'importanza di *communis opinio*, e di ciascuno i seguaci, non mai molti di numero, sono di gran lunga superati dagli avversari. Riferirli tutti è impossibile, sì per l'indole del presente discorso, sì per l'immensa difficoltà di esaminare tutti gli autori, che in tanto correre di tempo ne hanno trattato (15).

I tre ultimi scrittori italiani (16) che hanno discusso di questa disputa antica hanno ricordato come più attendibili, e però cominciamo da essi, i tentativi seguenti:

1. Si vollero distinguere i tempi repubblicani, in cui il popolo era in realtà legislatore, da quelli imperiali, in cui la volontà popolare era molto limitata di diritto, disconosciuta intieramente di fatto. Nei primi non importa, come direbbe Giuliano, che il popolo *suffragio voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis*; nei secondi la volontà imperiale si è sostituita a quella del popolo (17). Ma l'inaccettabilità di tale idea risulta chiara per più ragioni: prima i due testi debbono considerarsi come passi di una stessa legge, in secondo luogo vi sono molte altre testimonianze imperiali e a Costantino di gran lunga posteriori della regola insegnata da Giuliano, infine questo stesso giureconsulto visse nel secondo secolo di Cristo, fondato da molto tempo l'im-

(15) Essendo mio unico intento in questa lettura proporre la nuova conciliazione, che mi è corsa alla mente, non mi son dato la briga, come avrei fatto se avessi voluto far la storia dogmatica della questione, di rintracciare tutti i tentativi fatti dai glossatori sino a noi. Mi son limitato a ricordare i più noti in parte già accennati dai moderni scrittori. In ogni modo questo mio è senza dubbio l'elenco più completo fatto sin qui.

(16) NEGRONI, *Della interpretazione delle leggi* Urbino, 1878 p. 21, e su di esso LANDUCCI recensione nell'Arch. giur. XXII p. 287-291, MAZZARA *Saggio di conciliazione della L. 2 C. VIII, 53 con la l. 32 D. I, 3* (ivi p. 269-273), SCIALOJA *Sulla const. 2 Cod. quae sit longa consuetudo e la sua conciliazione* col fr. 3 § 1 Dig. de legibus — Difesa d'un'antica opinione (l. c.).

(17) Questa idea d'IRNERIO e di PLACENTINO fu sostenuta in apposita dissertazione dal WACHS *De vi atque auctor. cons.* Marb. 1748. Vedi pure PLACENTINO e IRNERIO citati nella Glossa ad l. 32 D. de leg. v. *abrogentur* e ad leg. 2 C. quae sit longa v. *aut legem*. Il PUCHTA (*Gesetzesrecht* p. 204 n. 5) l'attribuisce anche a MARTINO, ma non ne ho trovato traccia nel luogo che egli cita. — Ivi sono riferiti anche gli argomenti con cui ODOFREDO, PIETRO di BELLAPERTICA e BALDO la respingevano. — C. KLÖTZER *Versuch* § 22-28, citato dal PUCHTA l. c. nota 7.

pero, nè avrebbe mancato, supponendone la verità, di fare la debita distinzione.

2. Del pari insostenibile è l'antica opinione di scindere la *consuetudo* dalla *desuetudo*, riconoscendo a questa e negando a quella l'efficacia abrogatrice della legge (18). Si pensi alla enorme difficoltà di separare i casi di semplice oblio da quelli di azione contraria, si consideri l'illogico sistema di riconoscere al popolo il diritto di abolire la legge, nulla sostituendole, e negargli quello di creare alcunchè di nuovo in suo luogo, si avverta che la *desuetudo* risulta il più delle volte dalla *consuetudo* contraria, si tenga conto delle parole generiche di Costantino, e l'idea sarà giudicata.

3. Si propose d'intendere in Giuliano il diritto consuetudinario, in Costantino la pura consuetudine, cioè la formale ripetizione di atti senza i caratteri che ne costituiscono una fonte del diritto (19). Certo in teoria le due cose sono diverse, come è di-

(18) Così lo scoliaste ai Basilici ad *l.* 42 B. de iust. et iure II 1 (Versione dell'Heimbach): « Noli existimare, hoc fini praecedentis capitis adversari: illud enim de desuetudine loquens ait, posse eam legem abrogare: hic autem de consuetudine loquens et ait, consuetudinem ius novum non introducere, si lex proferatur. Fieri enim potest, ut per desuetudinem lege non utamur, nec vero ut contra legem utamur. » Egualmente lo scolio a Fozio *Nomocanon* c. 3 (Dal PUCHTA *l. c.* p. 206). Il FABER *Rationalia* ad *l.* 32 è d'opinione affine: però non è qui il luogo di spiegarne la differenza. — Vedi pure ELVERS nella « *Juristische Zeitung* » 1828 n. 95-96 ecc. SCHWEITZER *De desuetudine*, Lipsia 1801 ecc.

(19) PUCHTA *Gerohneitsrecht* I p. 81 seg. p. 117-120 II p. 199 seg. Egli, sia detto per incidenza, osserva che l'antinomia è stata discussa sino alla sazietà e che quindi non è molto desiderabile esser l'ultimo a trattarla. Mi sembra difettoso il consueto acume del PUCHTA, massime potendosi rivolgere l'osservazione contro lui, il quale tanto e in vari luoghi se ne occupava: Piuttosto in simili dispute non è molto utile ripetere cosa già detta, a meno di trovare nuove, prepotenti e decisive ragioni, ma non si potrà mai negare l'utilità di proposte nuove. (Vedi pure oltre n. 22). Il PUCHTA infatti ripete quanto già avevano detto l'HOFACHER *Principia iuris civilis* I § 122 n. 6 ecc. È vero che dà alla conciliazione una forma speciale e un po' diversa: cioè ritiene la *l.* 2 relativa alla consuetudine cui manchi un elemento essenziale, la massima ch'ella contiene sia in urto con un principio giuridico superiore. Ma una volta per sempre avvertito che è necessario, per non andar troppo in lungo e non cader nel minuzioso, raggruppare pei loro caratteri fondamentali le proposte consimili. — Così egli cita autori (P. BASQUEZ in GONZALEZ TELLEZ ad c. ult. X de consuet. e l'UNTERHOLZNER tüb. crit. Zeitsch. V p. 380) che ritengono quale elemento mancante o il *consensus principis* o l'*opinio necessitatis*.

versa la semplice convivenza dell'uomo e della donna e il matrimonio che richiede altre condizioni, come non sono la stessa cosa il possesso e l'usucapione, la detenzione e il possesso, sebbene il primo concetto sia la base del secondo. Ma come sarebbe vano, perchè intuitivo, avvertire che la semplice convivenza, il possesso, la detenzione non hanno l'efficacia del matrimonio, dell'usucapione, del possesso, così sarebbe stato puerile per l'imperatore e pei compilatori insegnare che una semplice ripetizione di atti non ha forza d'abrogare la legge: non solo questa, ma le manca qualunque altra efficacia della consuetudine. E poi le nostre fonti intendono sempre per *consuetudo* quella che ha i debiti caratteri per renderla fonte di diritti: e Costantino fa di più, perchè non solo implicitamente mostra d'intendere della consuetudine che ha ogni altro effetto giuridico, fuori di quello di vincere *rationem aut legem*, ma dichiara di riferirsi a una *consuetudo* o *usus longaevus* di non vile autorità. Insomma se si trattasse d'una semplice ripetizione di atti avremmo dal presente punto di vista un nulla giuridico.

4. Altri ha detto che mentre Giuliano si riferisce a una legge qualunque, eventualmente abrogata dalla consuetudine contraria, Costantino ha previsto una legge che in modo esplicito proibisca il futuro eventuale nascere e prevalere della contraria consuetudine (20). Ora chi sia capace d'intravedere questo complicato concetto nelle brevi e semplici parole imperiali non è solo critico acuto, ma immaginoso divinatore. Spontanee e invincibili sono e furono fatte le obiezioni: ove s'incontrano, si è detto, le leggi che abbiano una clausola consimile? ne sono ben rari gli esempi in tutti i tempi, niuno se ne conosce romano. D'altro lato in modo implicito in ogni legge vi è: massime nelle leggi proibitive e imperative è insito il divieto di fare e persistere nel fare gli atti proibiti o di omettere gli imposti. Inoltre, aggiungo io, poichè la consuetudine risulta di lunga e costante ripetizione di atti, quella clausola verrebbe implicitamente a presupporre un'ampia intermedia esautorazione della legge e poi a un tratto il proprio

(20) VANGEROW I, § 16 nota p. 44. — DE CRESCENZIO *Sistema* I § 8 nota p., ove si afferma essere anche questa una delle tante opinioni dei glossatori, quantunque a me non sia riuscito trovarla nelle glosse alla l. 31 (32) D. I, 3 ivi citate, perchè le parole *si tamen...* mi pare abbiano altro significato.

risorgimento. È ben difficile supporre che il legislatore pensi alla costante disubbidienza alla propria parola: piuttosto provvede a impedirla con opportune sanzioni. E infine quella stessa clausola non sarebbe diversa da ogni altro articolo della legge: onde si dovrebbe riproporre la questione se e perchè la contraria consuetudine non dovrebbe abolirla, e le parole di Giuliano non fanno, come ho detto, alcuna eccezione.

5. Molti sostenitori ebbe (21), e fu riproposta con energia cinque anni or sono anche fra noi (22), l'idea che Costantino insegni non potere la consuetudine resistere a una legge che l'abroghi. Il che certo sarebbe vero, ma bisognerebbe fosse espresso, perchè si esce dal campo tecnico della consuetudine. Essa si ha in quanto certi atti di continuo ripetuti, con tutti gli altri necessari elementi, determinano uno stato giuridico in mancanza della legge o contro una legge esistente. Quando invece, data la consuetudine, sopravviene una legge, che in modo implicito od esplicito la distrugge, non si ha più una consuetudine nel vero senso, non esiste più una consuetudine efficace. L'imperatore risolve il dubbio sul valore della consuetudine considerata in un dato momento: rispon-

(21) NOOBT *Comment. ad Pandectas* lib. I tit. 3, AVERANIUS *Interpretationes iuris* lib. II cap. I n. 3, LOPEZ *Animad.* C. 5 n. 8, HILLIGER *ad Donellum* I 10, HÖPFNER, *Commentar über die Institutionen* § 58, BUSCH *Beiträge zur Lehre vom dem Gewohnheitsrecht* Arch. f. d. c. Pr. XXVII p. 197-215, GLÜCK *Ausführl. Erläut. der Pandekten* I 3, § 93; KEMMERICH *De prob. consuet.* I § 13 n. c; GÖSCHEN *Vorlesungen über das gem. Civil.* I § 25, BRINZ *Lehrbuch der Pand.* I, § 33 p. 130.

(22) DALLO SCIALOJA nel citato articolo. Ho detto « con energia » per la convinzione individuale soltanto, perchè egli si riduce a esporre vari tentativi, a dichiarar preferibile questo e a ripetere in complesso le ragioni già date. Argomenti nuovi non mi pare ci sieno, sebbene alcuni sembrano tali all'autore (l. c. p. 428), o almeno sono di sì poco momento da non aggiungere alcun grado d'attendibilità alla vecchia idea. Questo dico per coscienza di scrittore e per dimostrare l'inattendibilità del tentativo, a prò del quale non riesce a trovar nuove ragioni nemmeno chi dopo tanti valenti predecessori si propone di difenderlo dalle gravi censure mossegli. Il lavoro dello SCIALOJA non può in complesso considerarsi se non come un tentativo di storia del dogma, in cui, pur tenendo conto dell'intento diverso e delle dichiarazioni ivi fatte, non può negarsi più d'una imprecisione. Le note seguenti dimostreranno, spero, di quanto ho affermato. Io non ho in animo di biasimare, ma di avvertire la realtà delle cose: nonostante mi parrebbe mancare al dovere della cortesia e della serietà se non ne dessi le debite prove. /+

derebbe non poter prevalere a una legge futura, ossia sposterebbe la questione e direbbe, come a buon dritto si esprime il sommo Savigny (23), una verità triviale (24).

Si è opposto che questa semplicità è piuttosto un argomento favorevole alla soluzione. In genere la naturalezza è un pregio dell'interprete, ma qui sarebbe il caso d'avere rovesciato il quesito e discorso del valore della legge, la quale abroga la legge precedente, e, *a fortiori*, la precedente consuetudine. Più che semplicità sarebbe difetto logico; poichè, dovendo decidere intorno al valore della consuetudine, le si sarebbe negata efficacia quando consuetudine (25) più non esiste. E poi, appunto perchè trattasi d'un rescritto, la cosa diviene anche meno probabile. È possibile che un proconsole, qual'era Proculo, interrogasse l'imperatore se una consuetudine potesse prevalere a una legge che l'abrogava? ove mai, avrebbe potuto chiedere la revoca temporanea della legge

(23) *System I* append. II nota n. — Il PUCHTA l. c. p. 212 non crede degna l'idea d'esser combattuta: « Dahin, ne son queste le parole, gehört die Voraussetzung, in der angeführten Stelle werde der *consuetudo* die derogierende Kraft nur dann abgesprochen, wenn sie nicht neuer sei, als das Gesetz, wozu die Stelle selbst nicht die geringste Veranlassung giebt. » Lo SCIALOIA dice avere il PUCHTA osservato non solo che di questa opinione non v'è traccia nella legge, ma anche che non si confa colle parole aut *rationem* aut *legem*. Questa seconda osservazione non trovo nel PUCHTA, ed è naturale non vi sia, perchè è implicita nella precedente.

(24) Questa proposta certo è antichissima. Lo SCIALOIA l. c. dice crederne primo autore il PICHARDUS *Renovata comment. in IV Instit. libros* (Lugduni 1671). È strano che su questa particolarità insista in un'apposita nota: « A mia notizia, egli dice (p. 427 n. 2), il PICHARDO è il primo che abbia sostenuto l'opinione qui esposta: la prefazione del libro citato è datata dell'anno 1600. » — Invece è agevole a chiunque avere notizie diverse e sapere che tale idea fu sostenuta da BALDO e dalla Glossa accursiana. Questa alla legge di Giuliano v. *abrogentur* dice: « Not. per duo corrige legem. Primo per aliam legem et hoc planum est. Secundo per consuetudinem... Solu. aut est consuetudo generalis; et cum generaliter vincit legem, ut hic; aut est specialis, et tunc vincit specialiter... C. cod. l. 2 quae est contra... et haec est vera si consuetudo sequitur legem, nam si praecedat, vincitur a lege. » Tuttociò nota anche il PUCHTA l. c. p. 212 n. 23. E poichè in più luoghi lo SCIALOIA cita la Glossa ed il PUCHTA, farebbe meraviglia tanta imprecisione, se non fosse nota la facilità con cui in simili ricerche si posson prendere abbagli.

(25) In senso tecnico-giuridico

o il permesso di non applicarla, ma non domandare se per loro forza gli usi aboliti avessero il diritto di sopravvivere.

E poi la parola della legge vi osta: essa non distingue, nè, come ognun sa, deve distinguer l'interprete. Dice che l'efficacia della consuetudine ha due limiti, la *ratio* e la *lex*; perchè si deve appunto intendere della legge futura e non della precedente, su cui solo v'è dubbio? Inoltre, anche a *ratio*, qualunque senso vogliasi darle, dovrebbe riconoscersi tal valore futuro: i sommi principî del diritto, la ragione naturale osteranno al riconoscimento giuridico della consuetudine solo se sorti o ben chiariti dopo di lei? chi mai potrebbe pensarlo con serietà?

Le ragioni invocate dallo SCIALOIA per le parole della legge non mi paiono decisive. *Sui momento* vuol dire per propria forza: vuol dire che essa non è tale da distruggere (prescindendo dalla ricerca del loro significato) la *ratio* o la *lex* (26): cioè abbisogne-

(26) È questo uno dei pochi argomenti, che allo SCIALOIA sembrano nuovi: non cita alcuno e *credo*, dice, *che dal testo della costituzione.....* Cade in un altro equivoco: la cosa era stata già avvertita e con parole quasi uguali: eccone la prova:

AVERANI l. c. (El. Lugd. I 1736 p. 347, 348).

« Sed non est ita si verba legis accurate perpendantur. Observanda sunt
« illa verba, *sui momento*, quae non temere ab Imperatore sunt adiecta consti-
« tutioni. Consuetudo abrogat priorem legem; non tamen eam vicit *sui mo-*
« *mento*, suis viribus, propria natura... Consuetudo, natura sua, suisque viribus
« et proprio momento non est potentior lege, sed omnino par; itaque eam non
« vincit, sed tamen ipsi derogat... non quia sit potentior... sed quia est po-
« sterior... Quamobrem si lex posterior sit consuetudine, lex tollet consuetu-
« dinem: contra si consuetudo posterior sit, legem tollet... ratione temporis. »

SCIALOIA l. c. p. 429.

« Credo che dal testo della costituzione si possa cavare qualche argomento
« a noi favorevole. *Sui momento*, essa dice, ossia *per propria forza, per pro-*
« *pria importanza*, la qual cosa ci significa che la consuetudine non può vin-
« cere la legge solo per la sua natura di consuetudine. La consuetudine dun-
« que... *sui momento* non vince la legge, esse sono di forza eguale: ma come
« la legge posteriore abroga la legge anteriore, sebbene in genere la legge sia
« uguale alla legge, così la legge posteriore abrogherà la consuetudine ante-
« riore, e la consuetudine posteriore abrogherà la legge anteriore. »

Siccome lo SCIALOIA stesso cita l'AVERANI, anche un non malevolo potrebbe fargli serio carico del non averlo citato; ma io propendo ad ammettere, specie

rebbe alcunchè più forte della consuetudine, cioè un'altra *lex* e forse (bene inteso il senso delle due parole (27)) neppur essa. Il dire che non vince la *ratio* o la *lex* non vuol dire di necessità che sieno di forza eguale; può anche voler dire, e con più verisimiglianza, che è loro inferiore: anzi, siccome rispetto alla *ratio* non par dubitabile, divien necessario riconoscerlo anche per la *lex*. Il futuro *valitura* non ha forza di trasmettere valore avvenire alle proposizioni seguenti. Se mai è futura la consuetudine, non la *ratio* o la *lex*. L'imperatore, com'è stile legale, non infrequente anche nelle leggi romane, parla in futuro e dice a Proculo: se t'incontrerai in una consuetudine, le riconoscerai efficacia se non contrasti alla *ratio* o alla *lex*.

Il verbo *vincere* come può suffragare l'idea che combatto? O si cerchi se la consuetudine possa vincere una legge anteriore o se una posteriore è sempre egualmente precisa la parola *vincere* al pari dell'altra *abrogare*. Anzi se si fosse trattato di legge futura sarebbe stato molto più opportuno dire che la consuetudine precedente non può *abrogarla*, perchè la stessa inconciliabilità delle idee d'abrogazione e d'atto passato distruggente uno futuro avrebbe luminosamente giustificato il rescritto imperiale.

E che importa si parli di *consuetudo*? e, se la *desuetudo* è posteriore all'atto disusato, come si può argomentare che la *consuetudo* debba essere contemporanea o anteriore? Costantino non fu spinto che dalla opportunità grammaticale di mantenere il soggetto (28): e certo la *consuetudine* può essere tanto anteriore quanto posteriore a un dato atto cui contrasti.

nei colleghi, la buona fede, onde non si tratterà che d'una, sia pure strana, dimenticanza. In ogni modo ho voluto soffermarmi per rivendicare l'argomento, e, quasi, le parole all'averani, e per confermare, come ho già promesso, colla prova qualunque mia asserzione.

(27) Cioè come pare a me debba intendersi: *Ratio* = *sommi principi di diritto*; *lex* = *legge religiosa*. Allora nemmeno la legge non religiosa potrebbe contrastarle.

(28) L'imperatore parla di tutta l'efficacia della consuetudine e comincia col dire: *consuetudinis auctoritas non vilis est...* Dopo ciò è logico dedurre conseguenze dal non aver cambiato soggetto, quando diceva del suo valore negativo? certo non lo credo. Onde si riduce a nulla l'ulteriore sillogismo che la *consuetudo* della l. 2 debba essere contemporanea o anteriore, perchè la *desuetudo* è certo posteriore. D'altro lato siccome anche la *consuetudo* può essere posteriore, la logica viene ad essere doppiamente offesa.

VI.

Molti altri tentativi di assai varia attendibilità non mi è possibile sottoporre a un serio esame. Mi limito a farne cenno:

1. Antica è la proposta di distinguere la consuetudine generale dalla speciale. Onde la consuetudine speciale (locale) non potrebbe distruggere la legge generale, ma la consuetudine generale la legge speciale e fra loro quelle d'eguale ampiezza. E *ratio* e *lex* vorrebbero dire principi direttivi di diritto non scritti o scritti nella legge positiva, rispetto a cui la consuetudine particolare non potrebbe opporsi. Ma non si capisce come le si possa opporre quella generale, nè v'è accenno d'alcuna di queste distinzioni nelle semplici parole di Costantino (29).

2. Altri pensano si tratti d'una consuetudine non rafforzata dal tempo, non prescritta (30), non riconosciuta in un giudizio contraddittorio, mentre quest'ultimo non è fra i necessari suoi caratteri, e l'imperatore parla appunto d'*usus longaevus* (31).

(29) Pur questa opinione è molto antica. La più recente monografia intorno ad essa è nel GUYET, *Ueber das particuläre Gewohnheitsrecht* (Arch. f. die Pr. XXXV p. 12-50). ACCURSIO, nella Glossa, la riferisce ad AZONE e a GIOVANNI BASSIANO, cui del resto l'attribuiva anche UGOLINO (HAENEL *Dissent. dom.* p. 151 e 585), che, di più, la fa risalire allo stesso BULGARO. Vedi anche ODOFREDO, PIETRO di BELLAPERTICA, BARTOLO e GIASONE. Ne è, fra i molti, seguace il DONELLO e, come in tanti altri punti, lo imitò il SAVIGNY, aggiungendo prove e ragioni. Se non che, come altri già disse, il rimprovero di futilità serve a respingere anche questa idea: come infatti si sarebbe potuto supporre che una consuetudine locale dovesse di regola prevalere a una generale? Anche il WINDSCHEID *Pand.* § 18 n. 2 segue questa opinione e si riferisce alla l. 26 § 3 de usuris C. IV, 32, che ripete la verità ovvia di non preferire la consuetudine locale alla legge. L'esempio, invocato da alcuno dei sostenitori di questa opinione, tratto da PLINIO epist. X 115-116, non la suffraga, chè anzi, contrastando al diritto pubblico de' tempi di Traiano la consuetudine, ivi disconosciuta non si ha se non la pura riprova del limite della *ratio* di Costantino.

(30) Sui sostenitori dell'elemento della prescrizione ebbe senza dubbio (non forse, come dice lo SCIALOJA l. c. p. 425 nota 1) efficacia il diritto canonico, soprattutto il passo riferito sopra nella nota 12, che termina « nisi fuerit rationalis, et legitime sit *praescripta* », le quali ultime/modernamente l'ELVERS l. c. vorrebbe intendere « et a legislatore *praecepta* ». — Vedi però pel senso letterale c. 50 X, de electione I, 6 e c. 3 in 6^o de consuet. I, 4.

(31) Fra i molti sostenitori di questo modo di vedere il più grande è senza dubbio il CUIACIO *Comment. in Cod. ad l. 2 VIII* 52 (Cura Fabroti — Parisii 1657

Y. Carole

3. Si propose di riferire la costituzione alla consuetudine non riconosciuta, sia in modo tacito (32), sia in modo esplicito (33), dal sovrano. In primo luogo se questa volontà del sovrano fosse espressa non si avrebbe più consuetudine ma legge. Inoltre v'è petizione di principio, perchè si discute appunto del valore di quella consuetudine, che ha tutti gli elementi che la rendono fonte di diritto e che il sovrano può annullare ma non può intanto riconoscere. Infine niuna traccia nelle parole della costituzione di Costantino, generiche al pari di quelle del passo di Giuliano.

4. Fra i glossatori alcuni unirono due delle precedenti proposte e sostennero vincer la legge quella consuetudine soltanto che il principe non avversa, i giudici dovendo piuttosto obbedire

op. posth. V p. 1379) *Paratitla* in lib. VIII C. 52 quae sit longa consuetudo. (Ivi op. prior. II p. 304). Egli, come altri, seguaci di questa e di diverse opinioni, invoca il noto passo di Celso l. 39 D. de legib. l. 3: « Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet »: a me pare non abbia attinenza alcuna colla nostra costituzione. L'idea del CUIACIO fu seguita, con maggiori o minori diversità, da molti altri che difficile e lungo sarebbe rintracciare e ricordare. — Pel solito amore della precisione debbo notare che lo SCIALOIA a questo proposito non è, se non erro, accurato (l. c. p. 425 n. 9). 1° Cita l'OLDENDORP, lo SCILTER e il KIND come autori della distinzione fra consuetudine prescritta e non prescritta e riconosciuta o no *in contradictorio*. Ciò non è: quei tre, i quali, fra i tanti che si potrebbero citare, sono appunto i ricordati dal PUCHTA, sostenevano soltanto la seconda distinzione. (Se un decorso di tempo richiedevano, lo facevano per altro scopo, cioè per distruggere la querela di nullità della sentenza *contra ius*). Della prima parla il PUCHTA attribuendola a vari ma non cita alcuno. 2° In nota dice che su questi giuristi (su quei tre) influ forse il diritto canonico. Altra osservazione del PUCHTA; ma egli la riferisce alla distinzione della prescrizione, e non a quei tre. (Vedi del resto la mia nota precedente). 3° Come esempio d'un autore moderno cita il BRINZ l. c., che in sette versi avrebbe espresso due pareri. Questo del CUIACIO non mi riesce vedercelo: le parole *alt und mächtig* hanno altro senso: corrispondono al *longaevi* e al *sui momento* di Costantino, come dopo si ha *der besseren Einsicht = rationem* e *dem neuen Gesetze = legem*; le parole da *wenigsten* in poi hanno altro senso.

(32) THIBAUT, *System* § 17; BRAUN, *Erört.* p. 27 seg.; GROLMANN, *Magazin für die Philos. des Rechts* I 2^a 5. Il VANGEROW e il DE CRESCENZIO l. c. riducono però questa opinione a quella della consuetudine speciale di cui qui sopra al n. 1.

(33) Vedi il PUCHTA l. c. p. 205 n. 8. — Anche per questa idea s'invocava il *sui momento*, quasi la consuetudine non ne avesse forza di per se sola, di cui sopra nota 26.

all'autore della legge, cioè al principe, che all'autore della consuetudine speciale, cioè al popolo d'un municipio (34).

5. È pure vecchia idea quella di distinguere fra le leggi dispositive sussidiarie o dichiarative e le imperative o proibitive (35). Le prime meno energiche potrebbero essere abrogate dalla consuetudine, non così le seconde, come più nobili e forti. Ma qui pure è arbitrario questo vario grado di forza fra leggi che hanno identica nascita e rappresentano nello stesso modo la volontà del legislatore. Inoltre niuna via possibile di trarre le generiche frasi de' passi di Giuliano e di Costantino a tale distinzione sottile.

6. Fu finanche proposto di restringere il testo di Costantino al caso della consuetudine di interpretar male la legge, che non potrebbe resistere al vero senso della legge stessa (36). Ma allora si esce addirittura dal nostro campo, si entra in quello dell'ermeneutica, ove è chiaro che, in qualunque momento si scopra, dee prevalere la vera mente del legislatore. L'interpretazione ha per iscopo di rintracciarla e di respingere gli errori, che possono essere occorsi. Si tratta di un caso in cui, per quanto passi lungo tempo, si mantiene sempre la volontà di bene intendere la legge, nè si ha mai l'*opinio* di creare alcunchè di diverso.

7. Fra i glossatori fu sostenuto doversi distinguere la consuetudine costituente un *jus municipale*, da quella riferita nel *corpus iuris* (37).

8. Fu anche detto che la consuetudine che contrasta alla sola legge la vinca; non così quella che ha contro se la legge e una consuetudine contraria: queste due strane proposte non han proprio bisogno d'esser combattute (38).

(34) HAENEL l. c. p. 152.

(35) HOFACKER *princ. iuris civ.* § 126, C. E. WEISSE *de vi consuet. in caus. crim.* p. 32 seg. SCHWEPPE *röm. Privatrecht* I § 34. (Nel PUCHTA l. c. p. 208 n. 14). MÜHLENBRUCH *Lehrbuch der Pand.* § 38 n. 13 e § 39 n. 4. FRITZ *Erläut. zu Wenig-Ingenheim* I p. 38.

(36) HÜBNER, *Berichtigungen und Zusätze zu Höpfner* p. 167.

(37) Anche questa idea è una modificazione di quella riferita al n. 1, ove si distingue fra consuetudine speciale e generale. Glossa ad l. 2. « Vel secundum « M. ibi de alia consuetudine scripta, scilicet iure municipali, quae tollitur a sequenti consuetudine: non autem lex scripta in corpore iuris tollitur consuetudine. »

(38) Ivi alle parole: *Quarti dicunt...* e HAENEL l. c. p. 152 e p. 585.

9. Si volle riferire la legge di Costantino alla consuetudine che il popolo crea, ignorando di contrastare a un diritto scritto, e quella di Giuliano al caso che ne abbia la coscienza (39). Se non che nel primo non si avrebbe più una vera consuetudine, mancandole uno de' più importanti elementi, qual'è la volontà di creare e applicare un vero diritto.

10. Altri infine propose di separare la consuetudine ragionevole dalla irragionevole, quasi Costantino col dire *sui momento* avesse accennato a quella mancanza: ma subito dopo, ne' più si capirebbe, si pongono due limiti alla forza della consuetudine, cioè appunto la *ratio* e la *lex*, che debbono essere qualche cosa di diverso (40).

11. Affine, ma non più conciliabile colle parole di Costantino, è la distinzione fra consuetudine *bona* e *mala* (41).

12. Un'ipotesi curiosa fu proposta in questo secolo: sovra un caso dispone la consuetudine, sovra un altro la legge. Ne sorge un terzo, cui niuna disposizione vigente regola, ma cui per analogia si può applicare l'uno e l'altro. Deve prevalere quello previsto dalla legge (42).

(39) La Glossa ivi: *secuti dicunt...* e HAENEL l. c. p. 153 « Sed, vi si dice, « secundum hoc melioris conditionis sunt delinquentes quam innocentes ».

(40) Il più autorevole sostenitore di questo modo di vedere è il CULACIO, il quale, così, secondo a me pare, oscillò fra due proposte, (vedi sopra n. 31) (*Paratitta* l. c.) « ... non vincat legem quam ratio non commendat, quae nulla « aut parva ratione constat... ea tamen quae ratio suasit abrogat legem... » Del resto anche questa idea si trova riferita ai glossatori (HAENEL l. c. p. 151 Cod. Chis. § 46), a quelli che ritenevano la vera consuetudine incapace di prevalere alla legge. Fra loro l'unico citato è PLACENTINO, seguace anch'esso, come si vede, di molte opinioni.

(41) Glossa l. c. « Quinti dicunt bona consuetudo vincit legem, mala non ». Codicis Chisiani collectio § 46 (HAENEL l. c. p. 152) PUCHTA l. c. p. 207 n. 1 2.

(42) GESTERDING, Arch. für. di c. Pr. III n. 18 § 9. Ho riprodotto anch'io questa idea nella forma datale dal VANGEROW, per evitare la necessità d'un discorso troppo minuto. Il GESTERDING in massima vuol dire piuttosto che la consuetudine non vince la legge e che la costituzione di Costantino non può applicarsi se non a casi in cui la legge manchi, ond'egli rafforza la sua idea colle parole d'ULPIANO « Diuturna consuetudo pro iure et lege in his quae non ex scripto descendunt observari solet » (l. 33 D. de leg. I 2) e con quelle di GIULIANO stesso: « De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est ». (l. 32 D. eod.) — Tutta l'idea del GESTERDING, com'egli stesso osserva (l. c. p. 280 n. 41), si trovava

13. L'Jäger in un'apposita monografia (43) sostenne volere insegnar COSTANTINO che una legge non può dirsi abrogata solo perchè da lungo tempo non si attua e che la cost. 2 non poteva se non riferirsi a un caso speciale, su cui PROCOLO aveva chiesto d'essere illuminato dalla sapienza imperiale (44).

14. Tentativo affine a uno dei già ricordati (45) è quello di riferire la legge di Giuliano alle *leges*, che possono modificarsi con patti privati (46).

15. BALDO (47) cita pure l'opinione di coloro, i quali, contro le parole dell'imperatore, da cui non ne appar cenno, supposero parlarsi nella l. 2 d'una consuetudine interrotta.

16. ODOFREDO riferisce che BULGARO supponeva l'inesistenza della consuetudine, cioè l'errore intorno ad essa, cui si riferirebbero le parole *aut rationem* (48).

17. Ultimamente il WENDT in una molto elegante e forse troppo poco ammirata monografia (49) scioglie o meglio dimostra

già esposta in un pratico antico STEPHANUS FORCATULUS NUCYOMANTIA *jurisperiti Jurisprudencia* dialog. 1 n. 25. — Del GESTERDING vedi anche *Nachforschungen* (1826-40) V 2 p. 151.

(43) *Versuch einer Beantwortung der Frage: wie l. 32 D. de legibus l. 3 mit l. 2 C. quae sit longa consuetudo* 8, 53 in Einklang zu setzen sei? *Linde's Zeitschrift* IX p. 430-436.

(44) Il VANGEROW l. c. pone l'JÄGER come seguace puro del GESTERDING (Lo SCIALOJA l. c. segue senz'altro il VANGEROW). È vero che l'JÄGER si riferisce in un punto al GESTERDING e che il caso di questo potrebbe essere una applicazione dell'idea di quello, ma mi sembra nonostante che molto corra fra l'uno e l'altro. Spero valga a dimostrarlo quanto ho detto a proposito di ciascuno di essi.

(45) Sopra numero 4 — Cf. PUCHTA l. c. p. 208: « In der Neurer Zeit... ».

(46) Così vari glossatori (Glossa ad l. 2 C. *Tertii dicunt...* e ad l. 32 D. cit. v. abrogentur) fra cui ALBERIGO (HAENEL l. c. p. 151 e p. 585). AZONE *lectura* ad l. 2 C. h. t. *Summa* in Cod. h. t. ODOFREDO *lectura* ad l. cit. PETRUS DE BELLAPERTICA *lectura* ad h. l. BALDUS *lectura* ad l. de quibus, come molti nel medio evo le dettero piuttosto la forma, dice il PUCHTA, di ritenere la consuetudine superiore al patto. — I Glossatori dicevano: « Nihil aliud est consuetudo, quam pactum tacitum ».

(47) Ad h. l. (Cf. PUCHTA l. c. p. 213 n. 26).

(48) Vedi su ciò la nota 25 PUCHTA l. c. p. 213.

(49) WENDT *Rechtssatz und Dogma. Theorie und Praxis (Jahrbücher für die Dogmatik des heut. röm. und deut. Privatr.* diretti dall'JHERING) Vol. XXII p. 299 e seg. Vedi a p. 324 il n. 2 « Wesen und Kraft des Gewohnheitsrechtes. »

insolubile la difficoltà, applicando la teoria che i passi dei giuriconsulti e degli imperatori van considerati a se, nè possono a forza conciliarsi, e che bisogna distinguere le massime dogmatiche dalle regole giuridiche (50). Costantino parlava della consuetudine in astratto, senza entrare nella disputa se in caso concreto possa distrugger la legge. È naturale che il legislatore veda la consuetudine di mal'occhio, la consideri quale un nemico, poichè mira ad annullare l'opera sua: tanto più quando il legislatore è un imperatore romano. — Però non si capisce come i compilatori compresero la legge nel *Codex* e come in un rescritto Costantino, invece di decidere il caso concreto, uscisse fuori con un concetto astratto, per nulla diretto alla pratica.

VII.

Io stesso, alcuni anni fa (51), scorrendo d'una postuma bella pubblicazione del prof. Negroni, cui ero succeduto nella cattedra di diritto romano (Pandette) nella università d'Urbino, proposi incidentalmente di intendere per *ratio* la *ragione*, cioè i sommi principi del diritto romano, e per *lex* la legge morale, cioè le basi etiche del diritto, comuni a tutti i popoli (52).

E poco dopo in apposita monografia l'avv. Mazzara (53) sosteneva consimile idea, riferendosi alla nota distinzione dell'*jus naturale, gentium et civile*, di cui il primo concetto è più largo e immutabile, meno il secondo e meno ancora il terzo. Allora Costantino insegnerebbe che la consuetudine può abrogare la legge civile o positiva, ma non la *naturalis ratio (jus gentium)* o l'*jus naturale* (54).

(50) Certo il WENDT fa meditare quando, rispetto ai molti tentativi già proposti esclama: « Das Dasein der Versuche in langer Reihe beweist, wie nothwendig es ist, unsere Stellung gegenüber dem Inhalt von Digesten und Codex genauer zu bestimmen. »

(51) Arch. giur. XXII p. 287-291 cit.

(52) Colgo il destro per avvertire che quella recensione del libretto del NEGRONI contiene molti errori di stampa: ai benevoli ed agli esperti riconoscerli e perdonarli.

(53) Arch. giur. XXII p. 269-273 cit.

(54) Lo SCIALOJA l. c., si occupò dell'una e dell'altra proposta con cortesia, com'è dovere, ma le disse eguali. A me non sembra che ciò sia, sebbene così

Ma certo le obiezioni non sono poche nè leggieri. La triplice distinzione d'Ulpiano ognun sa che non ebbe seguito presso gli stessi giureconsulti e fu piuttosto un vano e male ideato tentativo: or come pensare che appunto Costantino vi volgesse il pensiero e lo esprimesse con una forma così oscura? In ogni modo era più semplice non pensare a quel *jus naturae* nel senso d'Ulpiano, quello che ha per base atti che gli uomini compiono come gli altri animali, che son quindi ineluttabile necessità, e che non solo non possono esser vinti dalla consuetudine, ma neppure dalla legge stessa.

L'idea del Mazzara, dato ciò, vale a dire abbandonando l'*ius naturae*, sarebbe stata molto più accettabile, ma non avrebbe evitato altri scogli. Una distinzione fra legge civile e positiva e *naturalis ratio* o *jus gentium* non sta, appunto perchè quella spesso riproduce questo, anzi la storia del diritto romano non è che una continua trasformazione di questo in quella. Infine non è logico che, per quanto valida, la consuetudine possa distruggere tutte le leggi civili o positive: anche di esse alcune sono fondamentali, rappresentano le basi stesse giuridiche della vita del popolo e non è supponibile possano esserne abrogate. E poi se Costantino voleva distinguere la legge positiva dalla morale, avendo adoperato le parole *ratio* e *lex*, non si potrebbe negare alla seconda il primo significato e il secondo alla prima.

A queste difficoltà sfuggiva la mia proposta, ma non evitava del tutto l'altra di dare alle due parole *ratio* e *lex* un senso non frequente, mentre Costantino le distinse con sicurezza e con energia. Fra tutte le enumerate conciliazioni questa mi parrebbe ancora la più soddisfacente; senonchè me se ne è offerta al pensiero un'altra, fors'anche più accettabile, che sto per esporvi, soddisfacendo così alla promessa, già fatta nella citata recensione della monografia del Negroni, di trattarne altra volta per esteso.

VIII.

Le basi d'una conciliazione accettabile del passo di Costantino con quello di Giuliano e cogli altri molti, i quali lo confer-
annotasse anche la direzione dell'Archivio giuridico. — 1° MAZZARA a) *Ratio* = *naturalis ratio* = *jus gentium* b) *lex* = *ius naturale* (d'Ulpiano) — 2° LANDUCCI a) *Ratio* = *ragione* = diritto romano b) *Lex* = *legge morale*.

mano, da quanto ho detto risulta che sono due: 1° Dare alla parola *lex* un senso plausibile, ma che escluda quello d'una legge civile positiva qualunque. 2° Curare che cotesto senso sia ben distinto da quello di *ratio*.

Cominciando da questa seconda parola, la discordia su di essa è molto minore. Cioè sono secondarie le diversità di pensiero: nel complesso tutti ammettono che stia ad indicare principî di ragion naturale, o, come oggi si direbbe, e come si esprimeva il Savigny (55), principî d'ordine pubblico. Gli esempi, anche rimanendo nel campo degli scrittori giuridici, sono molti e indubitati. Basti aprire il Dirksen nel suo accurato « *Manuale latinitatis fontium* » alla parola *ratio* nel § 2 ove appunto la definisce: « *Regula iuris, sententia legum aut iuris gentium.* » *Ratio* è il diritto in quanto di necessità emana dalla ragione ed ha della ragione la costanza e la forza. Basti ricordare Gaio là ove dice « *peregrini ratione civili prohibentur capere hereditatem. Latini vero per legem Juniam...* » (56), ove è notevole il ripetuto contrasto fra *ratio* e *lex*, e il sommo Papiniano, che, riferendo un rescritto imperiale, « *Si autem, dice, beneficium libertatis in vinculis veniat ratio iuris et verba Constitutionis libertati refragantur* » (57), ove appunto si ricorre all'argomento d'un principio di diritto, il quale, in mancanza della parola della costituzione imperiale, avrebbe impedito la libertà dello schiavo. Infine cito i tre passi l. 14, l. 15, l. 16, D. de legibus I, 3, cioè del titolo in cui è il più esplicito testo relativo alla efficacia abrogativa della legge, ove alla *ratio iuris* in antitesi colla *regula iuris* e colla *lex* si riferiscono Paolo e Giuliano giureconsulti: « *Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias — In his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris — Ius singulare est, quod contra tenorem*

(55) L. c. Trad. GUENOUX p. 417: « Comme la *lex* désigne une loi générale, « rendue dans l'intérêt de l'État, *ratio* désigne l'intérêt de l'État, qui n'est « pas protégé par une loi, la *ratio publicae utilitatis.* »

(56) Inst. II § 110 Cf. I § 158. Ulp. XXIV 16 l. 33 pr. D. de cond. et dem. XXXX 1 l. 11 D. de s. p. r. VIII 3, l. 13 pr. D. de lib. et posth. XXVIII 2 l. 12 pr. l. 17 D. de iur. rupto XXVIII 3.

(57) l. 33 D. de poenis XLVIII 19 Cf. Paul. V 21 § 2, l. 32 § 4 D. ad leg. Falc. XXXV 2, l. 12 § 5 D. de capt. XLIX 15 l. 85 § 2 D. de R. I. L. 17.

rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est (58). » Passi tutti d'assai momento e favorevoli alla mia tesi, ma soprattutto l'ultimo ove la parola *ratio* è usata sola, cioè senza il genitivo *iuris*, ed è detto non potersi creare alcuna regola legale contraria alla *ratio* se non *auctoritate constituentium*: quindi non per consuetudine, la quale a *fortiori* non potrà distruggere quella *ratio* contro cui niun diritto speciale potrebbe elevarsi (59).

Veniamo all'ultima e seria difficoltà, la *lex*. Io ne propongo un significato, a niuno, per quanto so, balenato in mente, che soddisfa alle due richieste condizioni d'essere molto verisimile, diverso da una legge positiva qualunque, e da non potersi confondere col senso omai dimostrato della parola *ratio*. Ed è tanto più meraviglioso niuno lo abbia proposto, in quanto molti e valenti romanisti abbiano accennato alle circostanze che della mia proposta sono fondamento e dimostrazione (60).

(58) È qui il caso di riferire di nuovo la *l. 39 D. de leg. I 3*: « Quod non *ratione* introductum est, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet ». Vedi pure *l. 1 C. quae sit l. c. VIII 52* (53) « nam et consuetudo praecedens et *ratio* quae consuetudinem suasit, custodienda est »; *l. 1 C. de acq. et ret. poss. VII 32* « ... tam *ratione* utilitatis quam *iuris* pridem receptum est... ». — Gli altri passi di maggior momento in questo titolo intorno alla consuetudine sono: *l. 33* « Diuturna consuetudo pro iure et lege in his quae non ex scripto descendunt observari solet ». *l. 34* « Cum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicto aliquando iudicio consuetudo firmata sit ». *l. 35* « Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt, ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt iura servantur ». *l. 37* « Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset: optima enim est legum interpretes consuetudo ». *l. 38* « Nam imperator noster Severus rescripsit in ambiguitatibus quae ex legibus profiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter indicatarum auctoritatem vim legis optinere debere ». *l. 40* « Ergo omne ius aut consensus fecit, aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo ». In questi passi si trova, come è agevole avvertire, la radice di tutti gli esposti tentativi di conciliazione.

(59) Il SAVIGNY *l. c.* cita, concludendo come me, le *l. 39 D. h. t. I 3*, *l. 1 C. h. t. § VIII 53*, *l. 1 C. de acq. et ret. poss. VII 32*.

(60) NOODT *l. c.*, HEINECCIUS *Pand. § 105*, GLÜCK *l. c.*, GOTHOFREDUS *Comment. Cod. Theod. ad l. un. De longa consuet.*, GUYET *l. c.* Tutti trassero ad altro fine tali circostanze: il NOODT *p. e. l. c. p. 23* nel caso speciale dice quella

Io dico adunque che Costantino adoperando la parola *lex* così sola, quasi per antonomasia, dopo avere accennato ai sommi principî di diritto, volle alludere alla religione, alla legge divina, ai principî del cristianesimo e insegnare che la consuetudine ha forza pari alle altre fonti di diritto, può valer come legge o abolire la legge, ma che la sua efficacia si arresta, quando sia in contrasto coi sommi principî di diritto o coi comandi della legge religiosa.

Mi pare di non essere immodesto sostenendo, che, data la possibilità d'alcuna prova filologica o storica, questa interpretazione eviti qualunque antinomia e soddisfaccia alle esigenze della critica meglio d'ogni altra fra le proposte sin qui.

IX.

La costituzione di Costantino è del 313 ed è noto come il cristianesimo fosse da lui dichiarato religione ufficiale fino dal 313 (61). Se si pensa alle ragioni morali e politiche che decisero Costantino ad abbracciare la nuova fede, se si considera l'ardore con cui la difese, se si leggono le molte costituzioni rimasteci di lui in materia ecclesiastica (62), riuscirà ben naturale che fra le cose immutabili nell'ordine giuridico si presentassero alla sua mente i principî fondamentali del diritto umano e la legge divina.

Inoltre il Gotofredo, il Noodt, l'Heineccio, il Glück, il Guyet (63) avvertirono già che la costituzione di Costantino non può essere se non un rescritto, quindi una risposta a una domanda, o un ordine generale ai proconsoli: io propendo a cre-

consuetudine esser sembrata cattiva (mala) a COSTANTINO e d'altro lato aver egli il diritto di distruggere con una legge posteriore la consuetudine precedente.

(61) In quest'anno infatti, com'è noto, fu dato fuori da lui il celebre editto di Milano CAECILIUS *de more persecut.* c. 48, EUSEB. *Hist. eccles.* l. X c. 5, GIBBON *History of the decl. and fall of the rom. emp.* cap. XX (Ed. London. Warne I p. 540) ecc.

(62) Fra le tante vedi l. 1-7 C. Th. de episc. XVI 2, l. 1-2 C. Th. de haereticis XVI 5, l. 1-5 C. Th. de indaeis XVI 8, l. 1 C. Th. ne chr. manc. XVI 9, l. 1 C. Th. de paganis sacr. XVI 10, l. 1 C. de sacr. eccl. I 2, l. 1 C. de haeret. I 5 ecc.

(63) Vedi nota 60.

dere vera la prima ipotesi, non essendo probabile che Costantino scrivesse una simile norma, senza dubbio universalmente ammessa. Al mio scopo servirebbe del pari la seconda ipotesi; ma la prima è resa più certa dalle stesse parole, dal dichiarare cioè non esser poca la forza della consuetudine, ma non priva di limiti, forma più conveniente a una risposta che a una massima di legge. Essendo il rescritto diretto a Proculo è, se non certo, quasi certo che la domanda era stata rivolta all'imperatore da Proculo stesso. Ora, da varie costituzioni inserite nel Codice Teodosiano si sa che Proculo era proconsole dell'Africa e aveva dall'imperatore mandato di riforme religiose o attinenti a cose religiose (64). È probabile che i popoli africani contro regole dipendenti dalla nuova religione invocassero consuetudini antiche non solo, ma perdurate anche negli anni da che il cristianesimo era religione ufficiale. Proculo, che appunto nel 319 aveva chiesto all'imperatore vari rescritti, come risulta dalla l. 1 C. Th. de re iud. IV, 16 (65), avrà pur chiesto all'imperatore, se, trattandosi forse di atti non essenziali rispetto al nuovo culto, la perdurata consuetudine lo autorizzava a ritenerli tuttora in vigore: Costantino rispose esser certo grande il potere dell'uso inveterato, ma non così da poter prevalere ai sommi principi del diritto o alla legge divina. Nè la domanda manca di somiglianti esempi: Simmaco in una lettera agli imperatori Valentiniano, Teodosio ed Arcadio fa consimile richiesta a favore dei pagani (66).

(64) Nel codice teodosiano s'incontrano dello stesso anno non meno di quattro costituzioni dirette a PROCULO, proconsole d'Africa, una del 7 maggio, una del primo agosto e due del 26 dicembre 319 (l. 1 C. Th. de it. mun. XV 3, l. 2 C. Th. de priv. cor. VI 35, l. 2 C. Th. de off. proc. I 12, l. 1 C. Th. de re iud. IV 16. — La prima si trova riprodotta, l. 1 C. de coll. fund. provinc. XI 65 e l'ultima l. 3 C. sent. resc. VII 50). Il mandato di riforme religiose risulta da tutte le leggi di Costantino su tale argomento riferite nel Codice giustiniano e teodosiano: d'indole generale, esse dovevano egualmente essere applicate in tutto l'impero.

(65) « Impetrata rescripta non placet admitti, si decisae semel causae fuerint iudiciali sententia... »

(66) LACT. lib. X epist. 54. — Vedi anche dello stesso autore lib. II c. 6 divin. inst. — Nel primo dei luoghi citati Simmaco in nome delle tradizioni difendeva la causa, presso gli imperatori Valentiniano, Teodosio ed Arcadio, che i cristiani volevano sovvertire.

Rimane a dimostrare che *lex* in altro caso significhi la legge divina: ma le riprove e gli esempi sono sì numerosi da dispensare quasi dal riferirli. Se spesso si trova *lex* senz'altro a indicare le XII tavole, se non di rado accenna alle leggi Giulia e Papia Poppea, sarebbe strano, ripensando alla storia del Cristianesimo, non si fosse adoprata per la legge divina. Se ricorressimo agli scritti religiosi, al *corpus iuris canonici*, ne troveremmo innumerevoli esempi, ma ne presentano non pochi anche il Codice theodosiano e il *corpus iuris civilis*: invece di dilungarmi a riferirli basti rimandare al citato manuale del Dirksen e al vocabolario del Brissonio, libri noti e diffusissimi, ove si trovano con molta diligenza riferiti (67). D'altra parte anche l'aver Costantino usato il singolare *lex* invece del plurale *leges* mostra che voleva riferirsi non alle molteplici e mutevoli leggi positive, ma a una legge superiore e esemplare, che, date le circostanze di luogo e di tempo non poteva essere se non la cristiana.

X.

Dopo tanti tentativi di conciliazione ecco un altro rimasto inavvertito. Qualunque sia l'accoglienza che voi, uditori cortesi, e i romanisti vorranno fargli, non sarà stato inutile l'averlo proposto, occorrendo alla scienza l'esame delle difficoltà sotto ogni punto di vista, per giungere alla conclusione la più sicura possibile (68). I più grandi giureconsulti d'ogni tempo, dei Glossatori Bulgaro, Martino, Giovanni, Piacentino, Azzone, Accursio, più tardi Bartolo e Baldo, poi i due grandi del secolo XVI, il Cuiacio e il Donello, ai nostri tempi il Savigny, il Windscheid, il Vangerow, si sono occupati dell'ardua questione: a me, modesto cultore di questi studi, pareva quasi atto di riverenza intrattenermi d'una disputa su cui hanno sudato tanti grandi maestri, e dirne, qualunque ne sia il valore, il mio parere.

(67) Credo che niuno potrà obiettermi di non riferir qui tali passi: sono tanti, e la cosa è talmente sicura, a mio credere, che è superfluo. Ma se tale rimprovero mi si muovesse non mi sarà difficile pubblicare un lungo estratto dei relativi passi, che qui per brevità mi sembra di poter tralasciare.

(68) Concordo collo SCIALOJA l. c. ove dice che si deve « gratitudine... a « chiunque si sforzi di portar luce su questa dibattuta questione. »



Ma il mio scopo, per terminare come incominciai, non era solo scientifico, ma anche pratico. L'autorità del diritto romano oggi, e lo sarà quanto il mondo lontana, è immensa: mi premeva cercare un nuovo modo per mettere fuori di dubbio la massima che la consuetudine può anche abrogare la legge, come Giuliano insegnò, e come, intesa a mio modo, dice senza sforzo la stessa celebre costituzione di Costantino. Mi premeva, perchè oggi si disputa se nel diritto italiano la consuetudine abbia cotal forza abrogatrice: e, dopo vario oscillare, la giurisprudenza delle nostre Corti di cassazione propende a rispondere negativamente.

Ed io voleva avere sicuro ed indiscutibile l'appoggio del diritto romano per aggiungerlo agli altri argomenti coi quali credo poter dimostrare che anch'oggi, sebbene ridotta ne' più angusti limiti, non si può negare alla consuetudine una certa efficacia abrogativa della legge.

Il tema è elegante e di pratico momento: se ciò vi pare compensi la mia pochezza, onde vi piaccia, siccome oggi avete fatto, benevolmente ascoltarli, mi impegno/o signori, porgendovi della vostra cortesia vive azioni di grazie, d'intrattenervene in una delle adunanze del venturo anno accademico.



115567







